R 13/167

Е 98/169 R 13/167
2007059775

Критико-библіографическія замѣтки.

С. Муромцевъ, Очерки общей теоріи гражданскаго права. Часть первая. 1877.

Первую часть сочиненія, заглавіе котораго только-что нами обозначено, авторъ посвящаетъ выясненію вопросовъ о научно-историческомъ изученіи гражданскаго права и объ образованіи этого права. Предметъ изслѣдованія, какъ говоритъ намъ самое названіе труда, представляетъ большой интересъ для всѣхъ лицъ, слѣдящихъ за развитіемъ науки гражданскаго права. Такой интересъ возрастаетъ еще въ большей степени въ виду того обстоятельства, что книга предъявляетъ какъ бы новыя требованія къ наукѣ, касается научнаго преобразованія гражданскаго правовѣдѣнія, что постановка вопросовъ и новыхъ задачъ для науки идетъ отъ лица, посвятившаго себя спеціально занятіямъ римскимъ правомъ.

Мысли, съ которыми авторъ приступилъ къ работѣ надъ своими очерками, слѣдующія: цивилисту необходимо прежде всего 1) усвоить вполнѣ объективно-научное отношеніе къ предмету своего изслѣдованія; 2) ознакомиться съ идеями и успѣхами другихъ наукъ, близкихъ къ юриспруденціи, и примѣнить ихъ къ гражданскому праву; 3) отдавать первенствующее значеніе историко-философскому изслѣдованію.

Соглашаясь вполнѣ съ авторомъ, что ученому цивилисту, какъ и всякому другому, необходимо держаться объективно-научнаго отношенія къ предмету своего изслѣдованія, мы безъ сомнѣнія должны предъявить это требованіе и къ труду г. Муромцева. Но однако внимательное прочтеніе книги г. Муромцева убѣждаетъ насъ въ томъ, что онъ далеко не выполнилъ этого условія; книга оставляетъ послѣ себя въ читателѣ одинъ слишкомъ замѣт-

ный слѣдъ: это то, что сочиненіе наполнено чисто субъективными, произвольными и случайными воззрѣніями, ничѣмъ не обоснованными, что въ немъ господствуетъ неясность, неопредѣленность мыслей и требованій, многія положенія въ книгѣ не согласованы между собою и противорѣчатъ другъ другу.

Этотъ характеръ изслѣдованія уяснится читателю изъ послѣдующаго разбора.

«Очерки» имѣютъ въ виду возвести гражданское правовѣдѣніе на степень науки и опредѣляютъ поэтому прежде всего задачи и методъ этой научной отрасли. Развивая эти мысли, авторъ между прочимъ желалъ показать, разъяснить, какого метода онъ будетъ держаться при послѣдующихъ своихъ изслѣдованіяхъ, какія задачи онъ будетъ преслѣдовать впослѣдствіи при разработкѣ гражданскаго права. На основаніи всего этого читатель вправѣ ожидать, что авторъ касается прежде всего весьма важнаго вопроса, что такое наука, какія ея цѣли и задачи, чѣмъ она отличается отъ искусства, и затѣмъ уже опредѣляетъ науку гражданскаго права и ея задачи; но нигдѣ въ сочиненіи г. Муромцева мы не находимъ этого. Можно найдти лишь слѣдующія мѣста, въ которыхъ упоминается о наукѣ, но эти мѣста рѣшительно ничего не выражаютъ въ поясненіе такого важнаго понятія какъ наука. Такъ, говоря о новой догмѣ, авторъ повѣствуетъ: «юриспруденція отрѣшается отъ этой цеховой, ремесленной замкнутости: изъ искусства она становится наукою» (стр. 43). «Наука должна образоваться самостоятельно, какъ будетъ показано ниже, на почвѣ исторіи и философіи права» (стр. 84). На стр. 192 вскользь упоминается о переходномъ состояніи отъ степени искусства къ степени науки, въ которомъ находится гражданское правовѣдѣніе. По поводу національной исторіи говорится: «изслѣдованіе имѣетъ своею цѣлью *эксплоатировать* опредѣленный фактическій матеріалъ въ интересахъ разрѣшенія основныхъ и общихъ вопросовъ юридической науки» (стр. 183). Изъ стр. 85—90, 232 можно бы было заключить, что наука занимается изслѣдованіемъ законовъ, что придало бы точность и опредѣленность воззрѣніямъ автора и возвысило бы ихъ до требованій позитивной философіи; но такого заключенія читатель не вправѣ сдѣлать по слѣдующимъ причинамъ: 1) г. Муромцевъ признаетъ

что «конечныя цѣли юриспруденціи всегда и всюду остаются одинаковы. Онѣ заключаются въ регулированіи правовой жизни общества, т. е. *въ образованіи* юридическихъ нормъ, соотвѣтствующихъ *обстоятельствамъ, и въ примѣненіи ихъ къ жизни*» (стр. 188), т. е. авторъ этимъ прямо низводитъ юриспруденцію на степень искусства. 2) Если бы авторъ понималъ подъ наукою систему познаній о законахъ, то нельзя было бы законы подвергать критикѣ, говорить о созидающей дѣятельности юриспруденціи, поставлять задачею науки идеалы, между тѣмъ какъ авторъ это допускаетъ. Сравнимъ для этого стр. 88: «законъ не можетъ подлежать критикѣ, а долженъ быть принятъ какъ нѣкоторое неизмѣнное данное исторіи»; стр. 45: «кромѣ толкованія, критики и развитія положительныхъ опредѣленій, онъ (юристъ-догматикъ) уполномоченъ къ *свободному (?) творчеству на самостоятельной* почвѣ»; на стр. 183: «цѣли исторіи права одинаковы или по крайней мѣрѣ должны быть одинаковы съ цѣлями его философіи. Философія стремится найдти послѣднія основанія права и указать его *идеалы*». 3) О законахъ не намекаетъ даже самое опредѣленіе науки гражданскаго права: «наука гражданскаго права есть наука о порядкѣ, въ которомъ происходятъ комбинаціи различныхъ элементовъ народной жизни, производящія въ исторіи *гражданскіе* институты». Выраженіе «порядокъ», очевидно, употребляется здѣсь не въ смыслѣ господства законовъ; если же въ этомъ смыслѣ, то оно не согласуется съ указанными выше мыслями автора. Что касается до самаго этого опредѣленія, то нельзя не замѣтить, что оно не охватываетъ вполнѣ всей науки гражданскаго права и не даетъ вѣрнаго понятія о ней; оно не даетъ никакого основанія для отграниченія *гражданскихъ* институтовъ отъ другихъ, отстраняетъ разсмотрѣніе ихъ природы, существа, ибо порядокъ *комбинацій* извѣстныхъ элементовъ народной жизни можетъ дать понятіе лишь объ особенностяхъ возникновенія и развитія институтовъ, о своеобразномъ характерѣ ихъ, о вліяніи на нихъ различныхъ обстоятельствъ. Есть еще одно мѣсто, какъ бы поясняющее науку гражданскаго права: «изученіе всѣхъ составныхъ элементовъ гражданскаго права (къ этимъ элементамъ относятся: экономическія потребности, то или другое воззрѣніе на справедливость,

государственный элементъ, соображенія техническаго свойства) въ ихъ полнотѣ и взаимодѣйствіи должно быть положено въ основаніе гражданской политики и составить отрасль юридической науки, посвященную гражданскому праву. Она не будетъ переложеніемъ какой нибудь другой отдѣльной науки, напр. политической экономіи (?), но совмѣститъ въ себѣ *результаты всѣхъ* наукъ, имѣющихъ то или другое отношеніе къ составнымъ элементамъ гражданскаго права. Ея отношеніе къ общей юридической наукѣ подобно отношенію этой послѣдней къ соціальной наукѣ вообще; не представляя чего либо особеннаго относительно цѣлей или качества силъ, дѣйствіе которыхъ *ею* изслѣдуется, *наука гражданскаго права* останавливается на одномъ, опредѣленномъ классѣ юридическихъ отношеній, подобно тому какъ правовѣдѣніе вообще ограничивается опредѣленнымъ классомъ соціальныхъ отношеній» (стр. 196). Нельзя не признать, что это мѣсто обнаруживаетъ путаницу понятій. Говорится какъ будто бы о политикѣ гражданскаго права, отличающейся отъ науки этого права, отдѣленной отъ послѣдней; но изъ послѣднихъ строкъ приведеннаго мѣста и слѣдующаго непосредственно за ними опредѣленія науки гражданскаго права несомнѣнно видно, что авторъ отождествляетъ то и другое. Такимъ образомъ выходитъ странное и непонятное въ ученомъ трудѣ смѣшеніе понятій, такъ что читатель не знаетъ на чемъ остановиться, чего держаться, что считать истиннымъ.

Заканчивая вопросъ о наукѣ, нельзя пройдти молчаніемъ одного относящагося сюда мѣста, содержащаго въ себѣ противорѣчіе. Съ одной стороны авторъ признаетъ конечными цѣлями юриспруденціи образованіе юридическихъ нормъ, соотвѣтствующихъ обстоятельствамъ, и примѣненіе ихъ къ жизни (стр. 188), съ другой—совѣтуетъ цивилисту держаться объективно-научнаго отношенія къ предмету изслѣдованія, а удовлетворить этому требованію значитъ эмансипироваться изъ-подъ гнета стремленій и задачъ, обладающихъ непосредственно практическимъ интересомъ (стр. 2), ибо «на извѣстной ступени развитія жизни и науки назначеніе послѣдней осуществляется съ успѣхомъ только при эмансипаціи отдѣльныхъ актовъ научной дѣятельности отъ нуждъ времени,—эмансипаціи, гарантирующей науку отъ односторон-

постей и близорукости» (стр. 193). Трудно понять, какимъ образомъ изслѣдователь, имѣя подобнаго рода конечныя цѣли юриспруденціи, можетъ въ то же время эманципироваться отъ непосредственно практическихъ интересовъ и нуждъ времени; что-нибудь одно: или нужно отбросить дѣйствительно эти интересы и нужды времени и не заботиться объ образованіи нормъ, соотвѣтствующихъ обстоятельствамъ, и о примѣненіи ихъ къ жизни, т. е. преслѣдовать въ наукѣ прежде всего одну объективную истину, не заботясь о постороннихъ, чуждыхъ ей цѣляхъ, о степени приложимости ихъ къ жизни; или нужно признать интересы и нужды времени, безъ коихъ конечныя цѣли юриспруденціи останутся непонятными.

Теперь слѣдуетъ обратиться къ опредѣленіямъ задачъ догмы, исторіи и философіи права.

Авторъ указываетъ на новую догму, возникшую де въ послѣднія двадцать—тридцать лѣтъ, отличающуюся рѣзко отъ прежней, перенесшую изслѣдованія изъ области логическихъ конструкцій на почву практической жизни. Эта *новая* догма употребляетъ критико-созидающій пріемъ, т. е. толкованіе, критику и развитіе положительныхъ опредѣленій, причемъ толкованіе опредѣленій беретъ во вниманіе мотивы ихъ, критика ведетъ къ развитію положительнаго права, устанавляетъ, что въ немъ есть и должно быть правомъ дѣйствующимъ, т. е. примѣняемымъ въ гражданской жизни. Эта же догма пользуется «конструктивнымъ» пріемомъ, который принимаетъ за исходную точку разрозненныя выраженія *какой-либо впервые пробивающейся* юридической идеи и развиваетъ ихъ въ цѣлый институтъ сообразно современнымъ потребностямъ гражданскаго оборота и воззрѣніямъ на справедливость. Однимъ словомъ, новая догма противопоставляется старой, какъ критико-созидающая формально-логической.

Легко говорить вообще о новомъ и объявлять себя послѣдователемъ этого новаго, но не нужно забывать и стараго. Такъ исторія рецепціи и обработки римскаго права на Западѣ Европы указываетъ намъ, что и старая догма вовсе не отставала отъ нуждъ времени. Эта рецепція говоритъ намъ, что юристы, вводя римское право въ жизнь, отбрасывали все антикварное, устарѣвшее, все составлявшее исключительную принадлежность рим-

лянъ, ихъ быта, все относившееся къ національнымъ особенностямъ ихъ. Такое выдѣленіе изъ римскаго права чуждыхъ элементовъ требовало основательнаго знакомства съ нимъ, требовало не малой, не поверхностной критики. Эта же рецепція говоритъ намъ о дѣйствительномъ развитіи, расширеніи и распространеніи опредѣленій римскаго права, вызывавшемся не капризомъ, не произволомъ юристовъ, а потребностями жизни, новыми интересами, новыми явленіями гражданскаго оборота. Доказательства этого можно найдти во всей исторіи рецепированія римскаго права, а отчасти въ книгѣ автора, какъ въ его легкомъ очеркѣ рецепціи (стр. 25, 26, 31, 34, 35, 36), такъ и въ его заключеніяхъ 1) о томъ, что «стремленіе сдѣлать римское право своимъ привело къ общему измѣненію римскихъ опредѣленій *въ духѣ новой жизни*» (*), 2) о вліяніи идей новаго происхожденія, измѣнявшихъ римское право въ духѣ средневѣковыхъ воззрѣній, 3) о томъ, что старая догма въ своихъ толкованіяхъ дошла даже до того, что не содержала въ себѣ исторической правды, исказила значительно *содержаніе* римскаго права (стр. 35—37). Такое искаженіе, такое удаленіе отъ исторической правды никакъ не должно бы осуждаться авторомъ, ибо оно вполнѣ гармонируетъ съ его положеніемъ о критикосозидающемъ пріемѣ по отношенію къ римскому праву: «римское право можетъ служить богатымъ источникомъ для подобныхъ работъ (**), во многихъ случаяхъ съ большимъ преимуществомъ предъ другими возможными источниками» (стр. 45); мы можемъ прибавить: въ особенности, если принять во внима-

---

(*) По мнѣнію г. Муромцева такое измѣненіе совершалось безсознательно для самихъ юристовъ вслѣдствіе преобладанія въ нихъ практическаго чувства надъ теоретическимъ умѣньемъ стать на *чуждую* точку зрѣнія. Мнѣніе это, какъ голословное, ни на чемъ не основанное, едва-ли нуждается въ опроверженіи. Не обладая фантазіей, трудно уяснить себѣ, какъ возможно произвести *общее измѣненіе* опредѣленій права въ духѣ новой жизни безсознательно, тѣмъ болѣе что авторъ самъ говоритъ о вліяніи новыхъ идей на измѣненіе римскаго права (стр. 36).

(**) Т. е. для конструированія цѣлыхъ институтовъ, сообразно современнымъ потребностямъ гражданскаго оборота и воззрѣніямъ на справедливость, изъ разрозненныхъ выраженій какой-либо впервые пробивающейся юридической идеи.

ніе, что юристъ-догматикъ «уполномоченъ къ свободному творчеству на самостоятельной почвѣ».

Любопытно прослѣдить мысли автора, на основаніи которыхъ онъ желаетъ устранить формально-логическій пріемъ. Этотъ пріемъ «оперируетъ *готовыми* юридическими опредѣленіями, возводя ихъ къ логическому единству и слагая ихъ въ возможно-стройную систему, основанную на *логическомъ родствѣ* понятій. Слѣдуя этому пріему, догма совершенствуетъ юридическую систему въ томъ отношеніи, что переработываетъ конкретное въ абстрактное, отъ опредѣленій восходитъ къ институтамъ и понятіямъ; но здѣсь она не выходитъ за предѣлы *даннаго ей круга идей* и обработываетъ не столько современное дѣйствующее, сколько положительное право. Противоположное получается при пользованіи пріемомъ критико-созидающимъ» (стр. 43). Изъ этого можно заключить, какъ будто новая догма собственно не должна оперировать готовыми юридическими опредѣленіями, но на стр. 44 авторъ допускаетъ это; затѣмъ новая догма должна приводить эти опредѣленія къ логическому единству и слагать въ систему не по логическому родству понятій. Вмѣсто этого логическаго родства понятій авторъ предлагаетъ *реальное соотвѣтствіе* изображаемыхъ системою институтовъ (стр. 44). Здѣсь уже логика, очевидно, забывается. Положимъ, юристъ принялъ во вниманіе это реальное соотвѣтствіе; неужели же авторъ думаетъ, что такимъ образомъ построенная система не будетъ заключать въ себѣ вовсе во первыхъ понятій, соотвѣтствующихъ этимъ институтамъ, во вторыхъ логическаго родства этихъ понятій?

Относясь неблагопріятно къ старой догмѣ, г. Муромцевъ имѣетъ въ виду вмѣсто догмы ввести политику гражданскаго права, критику положительнаго права съ политической точки зрѣнія, со стороны цѣлесообразности,—по нашему мнѣнію, превратить догму въ то, что прежде называли философіей положительнаго права (Гуго, Гросъ). Если противъ расширенія задачъ догмы нельзя ничего сказать, то съ другой стороны не слѣдуетъ смѣшивать всѣхъ этихъ понятій; нужно отдѣлять что должно быть отъ того, что есть. Догма гражданскаго права занимается главнымъ образомъ изслѣдованіемъ того, что есть—и только отчасти

тѣмъ, что должно быть; она должна идти отъ юридическихъ нормъ къ понятіямъ и институтамъ, отъ конкретнаго къ абстрактному, отъ анализа существующихъ жизненныхъ отношеній и природы вещей къ отвлеченнымъ формуламъ, показать, осуществлены онѣ въ положительномъ правѣ или нѣтъ. Догма должна давать, подготовлять почву для философіи и политики гражданскаго права, которыя занимаются развитіемъ того, что должно быть, но не тождественна съ ними. Между этими отраслями должно существовать взаимодѣйствіе, но не нужно сливать ихъ въ одно. Если дать преобладающее значеніе въ догмѣ критико-созидающему пріему, то она никогда не можетъ достигнуть степени науки.

Нельзя не обратить здѣсь вниманія на одно противорѣчіе, изъ котораго видно, что авторъ самъ не имѣлъ твердыхъ воззрѣній на догму. Такъ на стр. 43 говорится, что догма изъ искусства переходитъ на степень науки: юриспруденція «изъ искусства становится наукою; это стремленіе осуществляется во первыхъ вышеозначеннымъ прогрессомъ въ догмѣ»; на стр. же 84 читаемъ слѣдующее: «догматика, какъ была, такъ и останется искусствомъ».

Перейдемъ къ исторіи права. Главнѣйшіе недостатки прежнихъ историческихъ изслѣдованій г. Муромцевъ видитъ въ слѣдующемъ: исторія права была логическимъ сцѣпленіемъ понятій (?), а не отраженіемъ взаимодѣйствія реальныхъ фактовъ. Исторія стремилась во что бы то ни стало возстановить всѣ подробности и мелочи прошлой жизни, открыть крупныя и мелкія явленія прошедшаго, останавливаясь неохотно предъ молчаніемъ источниковъ, цѣпляясь за двусмысленные намеки или за все, что могло быть принято за намекъ. Въ результатѣ въ науку вдвинулась груда произвольныхъ и шаткихъ предположеній, которыя толпятся подъ громкимъ именемъ гипотезъ вокругъ любаго спорнаго историческаго факта. Рыться въ хламѣ противорѣчивыхъ и неполныхъ историческихъ свидѣтельствъ, съ цѣлью добыть какой нибудь, хотя бы въ высшей степени натянутый выводъ о неизвѣстномъ фактѣ, еще до сихъ поръ почитается одною изъ насущнѣйшихъ обязанностей цивилиста, въ особенности романиста. Замѣчаніе, примѣнимое ко многимъ историческимъ нау-

камъ, утверждавшее, что исторія римскаго права стремится быть кладовой, гдѣ съ одинаковою заботливостью вполнѣ ничтожное сохраняется рядомъ съ полнымъ значенія, нисколько не утратило своей силы для настоящаго времени (стр. 46—48, 2).

Итакъ исторія права должна отречься отъ стремленія обогатить во что бы ни стало науку открытіемъ крупныхъ и мелкихъ явленій прошедшаго, возстановить всѣ подробности и мелочи прошлой правовой жизни, не должна рыться въ хламѣ противорѣчивыхъ и неполныхъ историческихъ свидѣтельствъ. Странно читать на страницахъ ученаго сочиненія такой упрекъ большинству историко-юридическихъ трудовъ. Для насъ совершенная новость, что въ результатѣ въ науку вдвинулась одна только груда произвольныхъ и шаткихъ предположеній. На сколько всѣмъ извѣстно, большинство прежнихъ изслѣдователей стремилось всегда тщательно отдѣлять вполнѣ достовѣрные факты отъ сомнительныхъ, вѣроятныхъ, еще не доказанныхъ, отдѣлять гипотетическія положенія отъ истинныхъ и достовѣрныхъ познаній, стремилось утвердить несомнѣнность однихъ фактовъ, пользуясь всевозможными доказательствами и данными, вѣроятность другихъ—извѣстными, хотя еще недостаточными обстоятельствами. На такое стремленіе указываетъ уже самое существованіе критики историческихъ документовъ, актовъ, различныхъ памятниковъ, развившей подробно ученіе о пріемахъ, какими слѣдуетъ руководиться при оцѣнкѣ матеріала, включеннаго въ разнообразные источники. На такое стремленіе указываетъ далѣе употребленіе въ дѣло языковѣдѣнія, данныхъ археологіи, географіи, этнографіи, антропологіи и пр. Намъ кажется, скорѣе можно сдѣлать упрекъ въ гипотетичности положеній и спѣшности выводовъ новѣйшимъ трудамъ по исторіи. Затѣмъ г. Муромцевъ, въ поученіе другимъ, подъ вліяніемъ Іеринга, дѣлаетъ удареніе на различіи мелкихъ и крупныхъ фактовъ и явленій въ исторіи. Но для науки одинаково важны какъ мелкіе, такъ и крупные факты и явленія; нельзя здѣсь установить объективной мѣрки относительно важности или неважности историческихъ явленій. Иногда мелкія, повидимому ничтожныя, явленія могутъ со временемъ, при открытіи другихъ фактовъ, пролить свѣтъ на данный порядокъ явленій и имѣть важное значеніе. Далѣе чистое, безко-

рыстное стремленіе къ изысканію истины никогда не подчинится рецептамъ людей, чуждыхъ интересамъ науки, а напротивъ всегда будетъ побуждать рыться въ матеріалахъ, которые кажутся для другихъ хламомъ, съ цѣлью освѣтить, объяснить извѣстное историческое явленіе, не смотря на противорѣчивыя и скудныя свидѣтельства. Такое стремленіе объяснить факты на основаніи существующихъ данныхъ уже тѣмъ самымъ драгоцѣнно, что оно существуетъ.

Въ одномъ мѣстѣ книги встрѣчаемъ такое заключеніе автора: «въ ущербъ исторической правдѣ старались и продолжаютъ стараться согласить противорѣчивыя опредѣленія римскихъ юристовъ» (стр. 27). Но нужно прежде открыть эту историческую правду, нужно прежде удостовѣриться вполнѣ, дѣйствительно ли такія-то опредѣленія противорѣчивы, или они только кажутся на первый взглядъ таковыми; затѣмъ нужно выяснить, почему возникли такія противорѣчія, въ чемъ заключается причина ихъ. Итакъ, чтобы констатировать противорѣчія, доказать существованіе ихъ, необходимо изслѣдовать весь однородный или относящійся сюда историческій матеріалъ; а такъ какъ не каждому можетъ быть доступенъ этотъ весь матеріалъ, не каждый способенъ сдѣлать достовѣрное заключеніе, не всякій можетъ довѣриться чужимъ изслѣдованіямъ, то во имя той же исторической правды всегда будутъ работать надъ противорѣчіями и, если существуютъ основанія, соглашать ихъ между собою.

Г. Муромцевъ предлагаетъ исторіи права озаботиться прежде всего умноженіемъ *достовѣрныхъ* положеній *общаго* свойства, а затѣмъ уже освѣщать ими скрытую отъ нашего взора старину (стр. 49). Но какъ добыть, какъ достигнуть этихъ положеній? Изыскать эти положенія возможно только на основаніи добытыхъ достовѣрныхъ познаній о частныхъ явленіяхъ, хотя бы они были и мелки, а такія достовѣрныя познанія могутъ быть пріобрѣтены лишь по вскрытіи и выясненіи всѣхъ или большинства фактовъ даннаго порядка. На основаніи такихъ фактовъ, вскрытыхъ и выясненныхъ большинствомъ прежнихъ историческихъ изслѣдованій, сравнительная исторія и дѣлаетъ въ настоящее время свои обобщенія. Сравнительная исторія, правда, призываетъ на помощь этнографію и доисторическую антропологію; но эти науки слу-

жатъ ей лишь подспорьемъ, а главный матеріалъ доставляетъ ей все таки исторія, что признаетъ и самъ авторъ (стр. 190). Если же согласиться съ заключеніемъ г. Муромцева, что въ результатѣ прежнія историческія изслѣдованія дали лишь одни шаткія и произвольныя предположенія, то не только объ умноженіи, но и о какихъ бы то ни было достовѣрныхъ положеніяхъ общаго свойства, не можетъ быть рѣчи. Весьма скользкій, но заманчивый путь подобныхъ историческихъ обобщеній можетъ легко сдѣлаться опаснымъ для науки и подорвать ея значеніе, особенно если держаться рекомендуемаго авторомъ правила: «изученіе древности должно выиграть отъ пользованія матеріаломъ, доставляемымъ современною жизнію. Это устранитъ часто слышный относительно историческаго направленія упрекъ въ пристрастіи его *къ прошедшему* въ ущербъ потребностямъ настоящаго времени» (стр. 193, 190).

Что касается до опредѣленія задачъ исторіи права, то съ одной стороны эти задачи не идутъ далѣе установленныхъ историческою школою, съ другой—къ нимъ примѣшиваются требованія, вносящія путаницу понятій и порождающія противорѣчіе. Такъ на стр. 182, 82 говорится, что задача исторіи права заключается въ опредѣленіи условій образованія, существованія и измѣненія правовыхъ институтовъ, въ вѣрномъ изображеніи права, дѣйствовавшаго когда-то въ извѣстномъ мѣстѣ, а на 183 стр. къ задачамъ исторіи присоединяется требованіе «найдти послѣднія основанія права и указать его идеалы».

Гораздо легче г. Муромцевъ раздѣлывается съ національною исторіею. По его мнѣнію, особое изложеніе ея можетъ быть допущено лишь въ видахъ художественныхъ или педагогическихъ, и во всякомъ случаѣ она не должна претендовать не только на исключительное господство, но и на научное первенство (стр. 182); но въ то же время признается научная самостоятельность за изслѣдованіями національныхъ особенностей и за предварительными фактическими разысканіями на почвѣ одного права при помощи сравнительнаго метода. Итакъ, если не будетъ сравнительнаго изученія, то историческое изслѣдованіе по національной исторіи не можетъ имѣть научнаго характера и самостоятельности. Но для національной исторіи дѣла слишкомъ много и

независимо отъ сравнительнаго изученія. Она должна прежде всего подготовить почву для сравнительныхъ выводовъ, должна не только констатировать факты (что дается не легко), не только показать, что было извѣстное развитіе, совершалось движеніе въ исторіи народной жизни, но и объяснить, какимъ образомъ, почему и въ какомъ порядкѣ все это совершалось. Все это на столько важно и сложно, соединено съ такими трудностями, что подобнаго рода изслѣдованія могутъ имѣть вполнѣ право не только на научную самостоятельность, но и на первенство. Національныя особенности могутъ быть выяснены лишь тогда, когда будутъ установлены общія черты съ исторіею другихъ народовъ, а для достиженія этой послѣдней цѣли необходимо прежде всего, независимо отъ сравненія, изслѣдованіе исторіи *всей* жизни даннаго народа, изслѣдованіе связи и преемства *всѣхъ* историческихъ явленій, и притомъ не одной внѣшней связи, а внутренняго развитія всей народной жизни. Самая сравнительная исторія сдѣлалась возможною лишь по разработкѣ національныхъ исторій, да и въ настоящее время только національною исторіею возможно подтвердить или отвергнуть выводы и обобщенія сравнительной исторіи. Сравнительный методъ для историка національнаго права имѣетъ значеніе подспорья, ибо путемъ сравненія освѣщаются лучше и легче явленія національной исторіи и выясняются историческіе законы; но нельзя ставить сравненія первою и главнѣйшею цѣлью.

Странно далѣе утвержденіе г. Муромцева, что принципъ національности отслужилъ уже свою службу. Наука не можетъ отвергать существующаго, реальнаго явленія, какимъ нужно считать національность въ правѣ и государствѣ. Идея національности только и развилась въ XIX в., и совершаетъ свое движеніе и по настоящее время. Если бы даже было и иначе, то не слѣдовало бы отвергать принципа національности по ея благотворному дѣйствію, ибо она, по словамъ автора, содѣйствовала «освобожденію европейской юриспруденціи изъ-подъ ига *чуждыхъ ей* идеаловъ». Кромѣ того не совсѣмъ ясно намъ такое низложеніе національной исторіи и принципа національности въ виду другихъ мѣстъ разбираемаго сочиненія, въ которыхъ то и другое признаются (стр. 195, 196): «формы гражданскихъ отношеній составляютъ

продуктъ совокупнаго дѣйствія многихъ силъ *народной жизни*», наука гражд. права изслѣдуетъ порядокъ комбинацій различныхъ элементовъ *народной жизни*. Быть-можетъ, народная жизнь понимается здѣсь въ иномъ смыслѣ; тогда нужно бы было выяснить этотъ терминъ.

Наконецъ слѣдуетъ указать на слѣдующее противорѣчіе: такъ на стр. 195 говорится: «при опредѣленіи задачъ исторіи гражданскаго права не идутъ далѣе первыхъ основателей исторической школы, видя въ исторіи лишь нѣкоторую *подготовительную работу къ догмѣ, подчиненную интересамъ этой послѣдней*»; а на стр. 2, 193 авторъ утверждаетъ, что историческая школа именно и эмансипировала научное правовѣдѣніе отъ нуждъ времени и непосредственно практическихъ интересовъ, а такъ какъ догма всегда связана и должна быть связана съ нуждами и потребностями времени (стр. 43, 44), то нужно понимать, что историческая школа эмансипировала исторію права отъ требованій догмы. Кромѣ того, осуждая зависимость исторіи отъ догмы, авторъ отступаетъ отъ тѣхъ конечныхъ цѣлей, которыя онъ поставилъ для юриспруденціи (стр. 188).

Переходимъ къ философіи права. Объ ней авторъ говоритъ слѣдующее: «завися отъ результатовъ историческихъ изслѣдованій и составляя съ этой точки зрѣнія *подведеніе итоговъ* ихъ, такъ называемая философія права занимается обобщеніями, сущность которыхъ заключается въ анализѣ фактовъ, произведеннымъ черезъ введеніе въ изслѣдованіе какого-либо даннаго общаго свойства,—обыкновенно даннаго, относящагося къ природѣ человѣка или къ существу общества» (192). Изъ этого видно, что философія права 1) занимается обобщеніями, 2) составляетъ подведеніе итоговъ историческихъ изслѣдованій, 3) вводитъ въ анализъ фактовъ какое-либо данное общаго свойства, относящееся къ природѣ человѣка или общества; философія, иными словами, занимается раскрытіемъ связи, существующей между историческими явленіями и природою человѣка или общества. Въ чемъ заключается подобнаго рода философія, мы отказываемся понять; понималъ ли ее такъ до сихъ поръ кто либо изъ безчисленнаго множества философовъ и мыслителей, не беремся рѣшать. Сожалѣемъ только объ одномъ: авторъ не разъяснилъ, что это за

элементы общаго свойства, относящіеся къ природѣ человѣка или общества, не привелъ ни одного примѣра, какъ нужно производить анализъ историческихъ фактовъ, вводя подобнаго рода элементы общаго свойства, напр. хотя бы такихъ фактовъ: прелюбодѣяніе мужа въ древнемъ Римѣ не наказывалось, по Моисееву же закону полагалась за него смертная казнь; или: почему періэки имѣли опредѣленныя права, хотя и ограниченныя сравнительно съ гражданами, илоты же были совершенно безправными. И исторія, какъ таковая, сама по себѣ, одна, безъ помощи философіи, въ состояніи объяснить подобныя явленія, хотя и призываетъ на помощь элементы природа человѣка и общества. Философія, по вольнымъ или невольнымъ воззрѣніямъ автора, сливается съ исторіею въ одно, исчезаетъ въ ней. Изъ опредѣленія задачъ философіи права прямо вытекаетъ ея тождество съ исторіею. «Цѣли исторіи права одинаковы съ цѣлями его философіи. Философія стрѣмится найти послѣднія основы права и указать его идеалы; если же подъ исторіею понимать что либо выходящее за границы простаго собиранія матеріала, то слѣдуетъ приписать ей тѣ же самыя задачи,..... образованная такимъ образомъ наука представила бы *исторію*» (стр. 183). Различія исторіи и философіи права такимъ образомъ не существуетъ, философія исчезаетъ.

Нужно сказать теперь нѣсколько словъ о методахъ. Авторъ говоритъ вскользь о высшемъ научномъ методѣ, о какихъ-то новыхъ пріемахъ (стр. 83, 84, 104, 181, 182 и др.); но въ чемъ они заключаются, какой ихъ характеръ, какое ихъ взаимное отношеніе, нигдѣ не находимъ разъясненія. Обширная глава «объ изслѣдованіи скрытыхъ историческихъ фактовъ», куда отнесены чуть не всѣ явленія исторіи (см. опредѣленіе скрытыхъ фактовъ на стр. 64), развиваетъ общее положеніе о дедуктивномъ характерѣ изслѣдованій этихъ фактовъ, подводя подъ этотъ методъ и историческія аналогіи, и изслѣдованія (неизвѣстныхъ) принциповъ, и причинъ образованія гражданскихъ институтовъ (стр. 109, 102, 86). Объ индуктивномъ методѣ и его значеніи для науки права рѣшительно ничего не говорится; употребляется нѣсколько разъ лишь одно названіе (стр. 181, 182, 104). По отношенію къ праву этотъ методъ остается, такъ сказать, скры-

тымъ фактомъ. Авторъ сожалѣетъ далѣе, что до сихъ поръ мало пользовались и прилагали аналогію, и приписываетъ ей большое значеніе (110—112). Намъ кажется напротивъ, что аналогію нужно примѣнять съ большою осторожностью; изъ того, что два предмета сходны между собою въ нѣсколькихъ признакахъ, еще не слѣдуетъ, что они сходны и въ остальныхъ. На стр. 221 самъ авторъ осуждаетъ аналогію: «говоря словами Каррьера, было легко создавать дѣйствительность путемъ аналогій, вмѣсто того чтобы изслѣдовать ее тщательно и подробно;..... аналогіи же внесли въ юриспруденцію туманъ, который покрылъ детали процесса образованія права и на долго отдалилъ ихъ отъ взора изслѣдователя».

Таковы тѣ общія преобразованія, какія предлагаются авторомъ относительно задачъ и методовъ гражданскаго правовѣдѣнія. Обратимся теперь къ нѣкоторымъ частностямъ книги. Многія положенія не могутъ не остановить вниманія критика, такъ какъ въ нихъ встрѣчаются довольно рѣзкія осужденія, не обоснованныя ничѣмъ.

Таково напр. заключеніе автора о характерѣ системы *всѣхъ* юридическихъ сочиненій римлянъ. Онъ находитъ, что система всѣхъ этихъ сочиненій представляла искусственное и случайное, часто неловкое сочетаніе рамокъ, что ей почти совершенно чуждо распредѣленіе матеріала на основаніи общихъ понятій и принциповъ.

Если это до извѣстной степени можно допустить относительно дигестъ Юстиніана, содержащихъ въ себѣ лишь одни фрагменты, то никакъ нельзя сказать того же объ всѣхъ юридическихъ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ. Такъ система Гая, о которой мы знаемъ, представляетъ уже значительное исключеніе изъ сказаннаго авторомъ; о системѣ же сочиненій другихъ юристовъ нельзя составить твердаго приговора. Самъ авторъ говоритъ: «вообще исторія римской юридической системы, за неимѣніемъ достаточныхъ положительныхъ данныхъ, должна, кажется, остаться малоизвѣстною» (стр. 15).

Другое голословное утвержденіе относится къ безсознательной дѣятельности римскихъ юристовъ. Такъ, римскіе юристы будто бы въ дѣлѣ классификаціи дѣйствовали безсознательно,

руководясь внутреннимъ родствомъ институтовъ и опредѣленій (16); они не обладали даромъ сознательно относиться къ процессу своего мышленія (22); всѣ высказанныя римскою юриспруденціею рѣшенія по существу своему суть не столько выводы, сколько сопоставленія, замѣчательныя по ихъ тонкости и отчетливости и составляющія продуктъ *безсознательнаго* вывода. Чуть же римскій юристъ пытался дѣйствовать самосознательно, онъ обыкновенно *искажалъ* источникъ своихъ рѣшеній (23).

Намъ непонятно во первыхъ, какъ можно классифицировать отвлеченные предметы безсознательнымъ образомъ. Классификація, какъ бы она проста ни была, требуетъ все таки умственной операціи, анализа извѣстныхъ признаковъ въ предметахъ. Во-вторыхъ въ дигестахъ мы находимъ 211 дошедшихъ до насъ правилъ, а каждое правило есть уже извѣстное (правильное или неправильное—другой вопросъ) обобщеніе, которое требуетъ сознательнаго отношенія къ предметамъ. Самъ авторъ признаетъ, что правило римскихъ юристовъ обозначаетъ, къ какимъ результатамъ приходитъ практика въ большинствѣ случаевъ (18), а это предполагаетъ предварительный анализъ ряда явленій и фактовъ, извѣстныхъ рѣшеній и содержащихся въ нихъ положеній. Если далѣе г. Муромцевъ объясняетъ, что сознательно относиться къ процессу своего мышленія значитъ знать, *почему* именно данный казусъ рѣшенъ такъ, а не иначе, а знать это «почему» значитъ знать основные общіе принципы и понятія права (23), то, признавая за римскими юристами безсознательную дѣятельность, этимъ самымъ онъ утверждаетъ, что юристы не знали основныхъ общихъ принциповъ и понятій права; но на стр. 38 встрѣчаемъ другое: «мысль римскихъ юристовъ управлялась принципами, руководившими римскою жизнію, и нѣмецкіе юристы, изучая идеи своихъ предшественниковъ, вносили эти принципы въ жизнь германскую;... значеніе рецепціи должно измѣряться вліяніемъ, оказаннымъ *основными началами* римскаго права (а это право было продуктомъ дѣятельности римскихъ юристовъ, см. стр. 23);... многое изъ области римскихъ *идей* сдѣлалось теперь своимъ для нѣмецкихъ юристовъ». Наконецъ положеніе о безсознательной дѣятельности римскихъ юристовъ не гармонируетъ со взглядомъ автора о сознательномъ мышле-

нія въ процессѣ образованія права. Что г. Муромцевъ признаетъ сознательное мышленіе, въ этомъ можно убѣдиться изъ словъ Іеринга, съ которымъ авторъ согласенъ (стр. 236, сравни 239, п. 4): «намѣреніе, рефлексія, сознаніе, разсчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права».

Историческая школа изображается въ сочиненіи г. Муромцева вовсе не такою, какою она проявилась въ дѣйствительности въ сочиненіяхъ и изслѣдованіяхъ ея представителей. Не понимаемъ, какія основанія послужили для автора, чтобы сдѣлать такую характеристику этой школы: «она идеализировала и поэтизировала жизнь, заслоняя *дѣйствительность плодами фантазіи* и облекая область самознанія въ *мистическую* атмосферу;..... слѣдуя романтикамъ, юристы были какъ бы склонны считать высшимъ состояніемъ *праздное и безцѣльное прозябаніе*» (стр. 219). Принципъ національности въ правѣ, составляющій краеугольный камень исторической школы, г. Муромцевъ признаетъ не главною сутью ея ученія, а лишь яркими блестками въ немъ (стр. 208). Излишне даже разъяснять здѣсь, что историческая школа потому и считается противоположностью школѣ естественнаго права, что она признала живую реальную почву для права—національность, народъ въ естественномъ его смыслѣ. Основное ея положеніе заключалось въ слѣдующемъ: право—продуктъ народнаго духа, народной жизни; субъектъ права—народъ. Всѣ остальныя ея положенія неразрывно связаны съ этимъ основаніемъ и безъ него не имѣютъ смысла. Право находится въ полной зависимости отъ различныхъ элементовъ *народной* жизни, право развивается въ связи съ *народною* жизнію и подобно другимъ проявленіямъ *народной* дѣятельности подчиняется одному и тому же закону внутренней необходимости.

Идея закономѣрнаго развитія, идея психическаго труда, хотя содержатся въ ученіи исторической школы, но онѣ не получили никакой научной обработки, не были предметомъ особыхъ изслѣдованій. Въ настоящее время мы наоборотъ обращаемъ болѣе вниманія на эти мысли и выдвигаемъ ихъ, а для представителей исторической школы онѣ предполагались понятными сами собою. Относительно идеи закономѣрнаго развитія самъ авторъ говоритъ: «настаивая на закономѣрности историческаго развитія

права, Савинья не указалъ ея выраженій, ограничился установленіемъ однихъ голыхъ понятій» (стр. 210, 211).

Идея психическаго труда также признавалась исторической школою. Намъ неизвѣстно, откуда авторъ почерпнулъ такую новость, что исторической школѣ право представлялось какъ бы *изначала готовымъ* и не требовало постепенной выработки, психическаго труда (см. стр. 238, п. 2. 3) (*). Эта идея, по мнѣнію автора, заключается въ томъ, что появленіе юридическихъ нормъ въ извѣстномъ обществѣ, насколько ихъ возникновеніе доступно наблюденію, бываетъ всегда связано съ дѣятельностью общества, выражающеюся такъ или иначе въ дѣятельности большаго или меньшаго числа членовъ его (стр. 230). То же самое находимъ мы и у Савиньи: «die Erzeugung des Rechts ist eine That (выработка права есть продуктъ дѣятельности, дѣятельность, дѣйствованіе, слѣд. предполагаетъ психическій трудъ) und eine gemeinschaftliche That (дѣятельность общая всѣмъ членамъ общества). Diese ist nur denkbar für diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist, т. е. эта дѣятельность мыслима только между тѣми лицами, между которыми общеніе мыслей и дѣйствій не только возможно, но и дѣйствительно существуетъ.

Г. Муромцевъ особенно налегаетъ на ученіе Пухты, имѣя въ виду его соч. объ обычномъ правѣ: «по мнѣнію де Пухты, дѣятельность народа не есть дѣятельность его членовъ ни въ ихъ отдѣльности, ни въ ихъ совокупности; народное убѣжденіе вырабатывается независимо отъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ, оно дано народу какъ бы извнѣ, какъ существующее само для себя, самобытною силою; образуясь и развиваясь для людей, оно не создается ими. *Таковъ смыслъ*, если не буква выводовъ Пухты» (213, 214). Намъ думается, что для мыслящихъ людей, воспи-

(*) „Къ идеѣ постепенности развитія не было особенно близко и „историческое“ правовѣдѣніе, такъ какъ вслѣдствіе объективизма право представлялось имъ какъ бы изначала готовымъ и слѣдовательно не требовало постепенной выработки. Новое воззрѣніе констатируетъ только фактъ, *забытый* исторической школою и заключающійся въ томъ, что историческое отношеніе человѣка къ праву таково, что оно дается ему только путемъ психическаго труда“.

тавшихся подъ вліяніемъ исторической школы и изучившихъ ее, цитованныя нами мысли автора—не малое открытіе для нихъ. Имъ извѣстно было другое. Мы замѣтимъ лишь слѣдующее: во-первыхъ Пухта въ своемъ соч. объ обычномъ правѣ признаетъ, что «право есть *результатъ* дѣятельности народа»; во вторыхъ дѣятельность отдѣльныхъ лицъ вовсе не исключается. Пухта напротивъ проводитъ ту мысль, что «для существованія *юридической* свободы необходимо противопоставленіе воли одного лица волѣ другаго субъекта, которую бы первый субъектъ считалъ также своею собственною, въ той мѣрѣ, въ какой она (эта другая воля) опирается на его собственное убѣжденіе. Человѣкъ потому и становится участникомъ, субъектомъ права, лицемъ, что его воля въ одно и то же время—и единичная, и всеобщая; единичная потому, что она самостоятельна, имѣетъ значеніе сама по себѣ и независимо отъ ея особеннаго содержанія, всеобщая потому, что опирается на общее убѣжденіе». Если Пухта говоритъ, что дѣятельность индивидовъ не можетъ создать права, то этимъ только выражаетъ то положеніе, что не воля индивида какъ таковаго, или индивидовъ, какъ совокупности разрозненныхъ единицъ, создаетъ право, но воля и убѣжденіе всѣхъ лицъ въ ихъ *нераздѣльномъ единствѣ*, которое олицетворяется, дѣйствительно существуетъ въ понятіи народа. Въ этомъ смыслѣ онъ говоритъ, что процессъ выработки права, юридическаго убѣжденія, принадлежитъ исключительно народу. Таковъ смыслъ и буква выводовъ Пухты.

Г. Муромцевъ видитъ въ объективизмѣ главную причину несостоятельности такого мнимаго, на самомъ дѣлѣ не существующаго ученія: благодаря объективированію народно-правовое убѣжденіе и право представлялось какъ бы изначала готовымъ, ибо объективизмъ склоненъ приписывать *самобытное* (?) существованіе порядку, выработанному умственною и нравственною дѣятельностею людей; объективизмъ—противникъ идеи прогресса (стр. 215, 238, 217). По объективизмъ вовсе не исключалъ участія дѣятельности отдѣльныхъ лицъ; это подтверждаетъ и самъ авторъ: «нравственный порядокъ не есть у Шеллинга нѣчто, внѣ людей существующее; онъ составляетъ общее произведеніе всѣхъ умовъ, на сколько всѣ посредственно или непосредственно же-

лаютъ такого порядка. Каждый порядокъ существуетъ, на сколько всѣ думаютъ одинаково, и каждый осуществляетъ свое божеское право содѣйствовать господству справедливости» (стр. 213).

Авторъ далѣе вводитъ въ своей книгѣ различіе между дѣйствующимъ и положительнымъ правомъ (стр. 223, 43); но не выяснено самое различіе, не выяснены всѣ тѣ весьма разнообразные элементы, изъ коихъ, по мнѣнію автора, образуется дѣйствующее право, предназначенное къ обязательному примѣненію въ средѣ даннаго общества. Такого различія не слѣдуетъ вводить: оно только внесетъ еще одну лишнюю неопредѣленность ко многимъ существующимъ. Всякое дѣйствующее право есть положительное, равно какъ всякое положительное право есть дѣйствующее.

Общимъ условіемъ *образованія*, возникновенія юридическихъ нормъ г. Муромцевъ считаетъ сочувствіе, которое сопутствуетъ каждой юридической нормѣ, какого бы содержанія она ни была и въ какой бы формѣ она ни выражалась (стр. 227). Непонятно, какимъ образомъ при одномъ сочувствіи можетъ образоваться всякая юридическая норма. Сочувствіе или несочувствіе можетъ быть къ чему либо уже возникшему, образовавшемуся, существующему, слѣдовательно имъ можетъ обусловливаться крѣпость, жизненность или дальнѣйшее измѣненіе существующихъ юридическихъ нормъ, ихъ отмѣна, но не первоначальное образованіе, возникновеніе ихъ. Самъ даже авторъ говоритъ о сочувствіи къ *существующему* праву: «убѣжденіе можетъ быть удержано для обозначенія высшей степени расположенія къ *дѣйствующему праву*;.... отъ расположенія къ *данной* юридической нормѣ слѣдуетъ отличать ея содержаніе, видоизмѣняющееся въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ;.... каждая *дѣйствующая* норма предполагаетъ сочувствіе со стороны поддерживающей ее части общества» (226, 227).

Наконецъ на стр. 226 не только смѣшиваются, но и отождествляются двѣ психическія силы: убѣжденіе и воля.

Къ сожалѣнію, объемъ журнальной статьи не дозволяетъ намъ коснуться ученія о владѣніи и объ естественномъ правѣ; но сдѣланныхъ замѣчаній, намъ кажется, достаточно для того, что-

бы составить себѣ понятіе о допущенныхъ авторомъ пріемахъ изслѣдованія и объ общемъ научномъ характерѣ сочиненія, на сколько оно подвинуло впередъ науку гражданскаго права и внесло въ нее преобразованіе.

П. Карасевичъ,
профессоръ Московскаго Университета.

(Изъ «Юридическаго Вѣстника»).

Дозволено Цензурой. Москва, 22 [illegible]

Въ Типографіи Индриха, на Срѣтенкѣ, д. Карлови.

2007059775